

---

# PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS  
2012\*\* / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

---

**Mary Ann GLENDON**

La soportable levedad de la dignidad

[The bearable lightness of dignity]

253-262

**Emilia BEA**

La narración femenina de la guerra y el despertar de la conciencia pacifista

[Feminine narration of war and the awakening of pacifist conscience]

263-290

**Francesco BIONDO**

El sueño roto de la ciudadanía europea y el lado oscuro de la gobernanza

[The broken dream of the European citizenship and the dark side of governance]

291-314

**Francisco CARPINTERO**

¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?

[Can the theories of justice replace the doctrine of natural law?]

315-352

**Carlos I. MASSINI-CORREAS**

Entre reduccionismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho

[Between Reductionism and Analogy. On the Starting Point of Philosophy of Law]

353-385

**Luis ORTIZ SÁNCHEZ**

Revolución e intervención en Libia. Una interpretación desde la teoría de la guerra justa

[Revolution and intervention in Libya. And interpretation from the perspective of the just war theory]

387-410

**Juan B. ETCHEVERRY**

El ocaso del positivismo jurídico incluyente

[The decline of Inclusive Legal Positivism]

411-447

---

## RECENSIONES

NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo* / [Carolina Pereira] / 517 // CIANCARDI, Juan *et. al.*, *Razón jurídica moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho* / [Luciano Damián Laise] / 522 // ETCHEVERRY, J. B. / SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism* / [Aitor Rodríguez Salaverría] / 528 // DE PRADA, Aurelio, *Individuos y reyes. Una síntesis entre confucianismo y derechos humanos* / [José Antonio Santos] / 533 // AA.VV., *Virtue Jurisprudence* / [Carlos I. Massini-Correas] / 537 //

---

Normas para envío de originales

543

---

# El ocaso del positivismo jurídico incluyente\*

## *The decline of Inclusive Legal Positivism*

RECIBIDO: 2012-08-08 / ACEPTADO: 2012-09-10

---

**Juan B. ETCHEVERRY**

Investigador del CONICET

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral

[jbetcheverry@austral.edu.ar](mailto:jbetcheverry@austral.edu.ar)

**Resumen:** Este trabajo busca dilucidar si el positivismo incluyente logra renovar la tradición del positivismo jurídico o si, por el contrario, es un reflejo de su decadencia. Para ello, en primer lugar, se presentarán las principales tesis del positivismo incluyente y se advertirá cómo redefine algunas de las tesis tradicionales del positivismo jurídico. Luego se pondrá de manifiesto en qué medida dicha redefinición supone una renovación o un abandono de la tradición positivista. A partir de estos desarrollos se mostrarán las dificultades que tiene el positivismo incluyente para explicar la objetividad de los criterios morales que son incorporados en los sistemas jurídicos actuales. Dichas dificultades de algún modo también afectan su concepción de la discrecionalidad judicial. Además, se sostendrá que esta versión del positivismo jurídico tampoco puede ser presentada (como pretendieron algunos de sus defensores) como una alternativa eficaz frente a la arbitrariedad legal. Por último, se afirmará que el tipo de approach avalorativo del positivismo incluyente lo conduce a resultados poco relevantes.

**Palabras clave:** Positivismo jurídico incluyente, Positivismo jurídico excluyente, Objetividad Jurídica, Objetividad Moral, Discrecionalidad Judicial, Tesis de la diferencia práctica.

**Abstract:** The purpose of this work is to elucidate if inclusive legal positivism can renovate legal positivism's tradition or if it is a reflection of its decadence. To that end, the main thesis of inclusive legal positivism will be explained and it will be showed how they redefine some of traditional positivism's thesis. Next, it will be explained in which way this redefinition of traditional thesis update or leave legal positivism tradition. On this basis, it will be proposed that inclusive positivism has difficulties to explain the objectivity of the moral principles and standards that are incorporated in current legal systems. These difficulties also affect inclusive positivism's conception of judicial discretion. It will be also held that this version of legal positivism cannot be presented as an effective alternative against legal arbitrariness. Finally, it will be claimed that the non-evaluative approach of inclusive positivism lead to non-interesting or irrelevant outcomes.

**Key words:** Inclusive legal positivism, exclusive legal positivism, Objectivity of Law, Objectivity of Morals, Judicial discretion, Practical difference thesis.

**Sumario:** I. POSITIVISMO JURÍDICO TRADICIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO: EL CONTEXTO DEL SURGIMIENTO DEL POSITIVISMO INCLUYENTE. II. LAS PRINCIPALES TESIS DEL POSITIVISMO INCLUYENTE. 1. La tesis central del positivismo incluyente. 2. La redefinición de las tesis positivistas. 3. Las tesis propositivas o positivas del ILP. III. DESAFÍOS AL POSITIVISMO INCLUYENTE. 1. Positivismo incluyente: ¿Adaptación o abandono de la tradición positivista? 2. El ILP como solución a la arbitrariedad legal. 3. El problema de la objetividad de la moral y del Derecho. 4. ILP y discrecionalidad judicial. 5. ¿Qué ha dejado el debate entre el positivismo incluyente y excluyente? 6. El positivismo incluyente como tema "aparte". IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

---

\* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva de la Argentina y la Universidad Austral (Buenos Aires).

# I. POSITIVISMO JURÍDICO TRADICIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO: EL CONTEXTO DEL SURGIMIENTO DEL POSITIVISMO INCLUYENTE

**D**espués de la Segunda guerra Mundial, varias Naciones Europeas llevaron adelante un proceso de reordenación política por medio del cual pasaron del tradicional Estado de Derecho formal a un Estado material de Derecho<sup>1</sup>. Dicho cambio se caracteriza (principalmente) por la incorporación en las constituciones de: (i) derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable; y (ii) sistemas de control judicial de constitucionalidad<sup>2</sup>.

Este fenómeno, denominado “neoconstitucionalismo”, se ha expandido sobre buena parte del mundo occidental<sup>3</sup>. Quienes se han ocupado de este fenómeno en el mundo anglosajón han puesto su atención sobre el alcance del control judicial de constitucionalidad. Los principales defensores de esta posibilidad han reconocido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales exigen una “lectura moral de la constitución”<sup>4</sup>.

Históricamente, el modelo “neoconstitucionalista” se ha desarrollado en debate contra un modelo puramente legalista, al que busca superar. Este debate puede ser sintetizado con cuatro formulas que reflejan el cambio de un modelo por otro: (i) valor en lugar de norma; (ii) ponderación en vez de subsunción; (iii) omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del derecho ordinario; y (iv) omnipotencia judicial apoyada en la Constitución –sobre todo de los tribunales con jurisdicción constitucional– en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE, E. W., “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs”, en EHMKE, H.; SCHMID, C. y SCHAROUN, H. (eds.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt, 1969, 53-76. Traducción al castellano de AGAPITO SERRANO, R. de, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, 17.

<sup>2</sup> Para un sector relevante de la tradición alemana, los cambios e incorporaciones recogidos en La Ley Fundamental de Bonn hacen que ella misma sea entendida primordialmente como un orden o un sistema de valores. Cfr. CRUZ, L. M., *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005.

<sup>3</sup> Hemos trabajado las consecuencias del fenómeno del neoconstitucionalismo sobre la práctica del Derecho. Al respecto, cfr. ETCHEVERRY, J. B., “La práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, *La Ley (Sup. Act.)* 21/12/2010, 1 ss.

<sup>4</sup> Cfr. DWORKIN, R., “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en DWORKIN, R., *Freedom’s Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, 1-38.

<sup>5</sup> Cfr. ALEXY, R., *Der Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Albert, Friburg/München, 1992. Traducción al castellano de SEÑA, J. M., *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona, 1994, 159-177.

Si bien la concepción general del sistema jurídico y de la aplicación del Derecho en la que han sido formados nuestros operadores jurídicos hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX es la del positivismo legalista, puede afirmarse que esta concepción tiene dificultades para reflejar bien la realidad de los sistemas jurídicos actuales de la mayoría de los países occidentales en los que opera un Estado Constitucional de Derecho.

Esta dificultad supone un verdadero desafío para el paradigma positivista y ha dado lugar a un intenso debate dentro de la tradición del positivismo jurídico durante el último tercio del siglo XX, especialmente durante los años 90<sup>6</sup>. Para algunos autores resulta posible mantener en lo esencial las principales tesis del positivismo metodológico y de la teoría jurídica positivista, mientras que otros se muestran partidarios de una redefinición del positivismo que aumente su potencial explicativo hasta dar cabida en ella a elementos proporcionados por el neoconstitucionalismo.

La versión que pretende explicar esta realidad desde las principales tesis tradicionales del positivismo jurídico ha sido denominada positivismo excluyente (*Exclusive Legal Positivism* o ELP) y se caracteriza por considerar que la existencia y el contenido del Derecho son completamente determinados por fuentes sociales (v. g., fuentes legislativas, jurisprudenciales o de costumbre). Si bien admite que las fuentes del Derecho pueden dirigir o requerir a los funcionarios que decidan conforme a consideraciones morales, se concibe a dichas decisiones como *desarrollo discrecional* y *creativo* de nuevo Derecho<sup>7</sup>.

Por el contrario, la versión renovada del positivismo jurídico recibe el nombre de positivismo incluyente (*Inclusive Legal Positivism* o ILP), incorporacionismo (*Incorporationism*) o positivismo blando (*Soft Positivism*), y se ha desarrollado principalmente en el ámbito anglosajón y entre algunos discípulos

<sup>6</sup> Existen algunos trabajos anteriores a los 90 relacionados con el tema. Al respecto, pueden verse los trabajos de E. F. Soper, J. Coleman, D. Lyons, J. Raz y J. Mackie en COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1983.

<sup>7</sup> Cfr. RAZ, J., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 45 ss; *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 227 ss; "Postema on law's autonomy and public practical reasons: A critical comment", *Legal Theory*, 4 (1998), 5-6; "Incorporation by law", *Legal Theory*, 10, n° 1 (2004), 1-17; MARMOR, A., *Positive Law an Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, 68 ss; S. SHAPIRO, "The Difference That Rules Make", en B. BIX (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 33-62; "Law, Morality, and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, 6, n° 2 (2000), 127-170; "On Hart's Way Out", en COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 149-191; y "Authority", COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 382-439.

de H. L. A. Hart (cuyas ideas más importantes sobre este tema están en el “Postscript” de la 2ª edición de *The Concept of Law*)<sup>8</sup>.

Originariamente el positivismo incluyente surge como un intento de respuesta a las críticas de Dworkin a Hart que advertían que el positivismo jurídico hartiano no es capaz de explicar la presencia de los principios morales en los sistemas jurídicos actuales. Dicha defensa del positivismo hartiano intenta rechazar algunas de las críticas de Dworkin y admitir otras, mostrando que éstas caben perfectamente en el modelo teórico de Hart. En concreto, se caracteriza por sugerir que es posible dentro del modelo positivista hartiano que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez *incluyan* o *incorporen* normas morales sustantivas.

El análisis crítico del intento de adaptación del positivismo jurídico, llevado adelante por el positivismo incluyente, a fin de volverlo capaz de explicar la realidad imperante en los sistemas constitucionales de Derecho actuales, constituye la finalidad del presente trabajo<sup>9</sup>. Más en concreto, pretendemos dilucidar si el esfuerzo de acomodamiento realizado por el positivismo incluyente logra renovar la tradición del positivismo jurídico o si, por el contrario, es un reflejo de su decadencia<sup>10</sup>.

## II. LAS PRINCIPALES TESIS DEL POSITIVISMO INCLUYENTE

### 1. *La tesis central del positivismo incluyente*

Explicados los orígenes del ILP a continuación haremos un repaso de sus principales tesis. El ILP se presenta a sí mismo como una concepción del positivismo jurídico diferente del positivismo tradicional, y su *tesis cen-*

<sup>8</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law* (2ª ed. with a Postscript edited by P. A. Bulloch and J. Raz), Clarendon Press, Oxford, 1994.

<sup>9</sup> Con el prof. Pedro Serna hemos editado un libro que recoge varios trabajos que analizan críticamente al positivismo jurídico incluyente. Al respecto, cfr. ETCHEVERRY, J. B. y SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del Positivismo Jurídico. Estudios críticos sobre el “Inclusive Legal Positivism”*, Comares, Granada, 2010. Unos años antes he estudiado extensamente los orígenes y evolución del positivismo incluyente. Cfr. ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, UNAM, México, 2006.

<sup>10</sup> El título de este trabajo, que enuncia de modo interrogativo su principal objetivo, ha sido inspirado en uno de los puntos del trabajo de SERNA, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. De la crisis del Positivismo a las Teorías de la Argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, p. 46.

*tral* consiste en admitir que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos pueden depender de factores morales<sup>11</sup>. Desde su punto de vista, los principios y valores morales figuran entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico acepta para determinar la existencia y contenido de las normas jurídicas. En este sentido, es propio de esta concepción el admitir la posibilidad de que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico contenga explícitamente criterios morales sustantivos de los que dependa la validez de la legislación y, en general, de las normas jurídicas. Es obvio que, si es posible que la regla de reconocimiento contenga estos criterios, entonces la validez jurídica de las normas puede venir determinada a veces no sólo por su origen, es decir, por el hecho de su promulgación y por la forma en que ésta ha tenido lugar. Como puede verse, el ILP pretende ser una teoría jurídica capaz de explicar los modernos sistemas constitucionales, que dan entrada a criterios sustantivos (incluidos los de índole ética) en la identificación (existencia y contenido) de las normas jurídicas. Ahora bien, la pretensión del positivismo incluyente es simultáneamente mantener la fidelidad a los postulados teóricos del positivismo jurídico tradicional, lo que implica redefinirlo o refinarlo para adoptar un concepto del mismo que pueda darle cabida al ILP<sup>12</sup>. Por ello, puede decirse que ILP se desarrolla bajo el fuego cruzado de las críticas al positivismo tradicional (anteriormente enunciadas) y de las respuestas de dicho positivismo que en lugar de reconocerles algún valor las rechazan de plano<sup>13</sup>.

Si bien ésta tesis central es compartida por todos los autores incluyentes, existen diferentes formas de enunciarla. Cada una de estas formas permite distinguir entre distintos tipos de ILP. Así, es posible identificar las principales versiones<sup>14</sup>, junto con otras que pueden considerarse intermedias.

<sup>11</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 2, 81-82, 178; y COLEMAN, J., "Authority and Reason", en GEORGE, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 287-288.

<sup>12</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B. y SERNA, P., "Presentación", en ETCHEVERRY, J. B. y SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del Positivismo Jurídico. Estudios críticos sobre el "Inclusive Legal Positivism"*, cit., 4 ss.

<sup>13</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, cit., 1.

<sup>14</sup> Cfr. WALUCHOW, W., "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defence of Inclusive Legal Positivism", *Legal Theory*, 6 (2000), 79; COLEMAN, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 111 ss; y HIMMA, K., "H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis", 3-4.

Una primera variante sostiene que la regla de reconocimiento puede incorporar estándares morales sólo como condición necesaria de validez jurídica (Waluchow). Desde esta postura se sugiere que para que una norma debidamente promulgada sea jurídicamente válida su contenido debe ser consistente con el grupo de normas morales incorporadas. En definitiva, que un estándar moral opere como un componente necesario de validez implica que toda norma, para ser jurídicamente válida, debe ajustarse a ese estándar moral. Esto significa que en estos casos la moral funciona como un *límite* al Derecho promulgado<sup>15</sup>.

Una segunda variante afirma que los estándares morales incorporados a la regla de reconocimiento pueden operar también como una condición suficiente de validez jurídica (Coleman). En este caso, para que una norma sea jurídicamente válida basta con que reproduzca el contenido del principio moral incorporado. Esto significa que normas no promulgadas pueden ser jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral<sup>16</sup>.

Finalmente, una tercera variante sostiene que los principios morales pueden ser una condición necesaria, y sólo subsidiariamente, para los casos difíciles, una condición suficiente de validez jurídica (Kramer)<sup>17</sup>.

Por más que Hart no se ha expresado sobre esta cuestión, tanto Waluchow como Coleman consideran que el positivismo *soft* del profesor inglés se encuentra en la línea de sus respectivas propuestas. El primero, por considerar que cuando Hart ejemplifica cómo se incorpora la moral al Derecho sólo se observa el componente necesario de validez. El segundo, porque sostiene que si no se admite el componente moral suficiente de validez, el ILP no logra superar las críticas de Dworkin que le dieron origen<sup>18</sup>.

## 2. La redefinición de las tesis positivistas

Como hemos afirmado, la tesis central del ILP constituye un refinamiento o una redefinición de las tesis que Hart consideró como centrales del positivismo jurídico a fin de dar cabida en ellas a elementos proporcionados por el

<sup>15</sup> Cfr. WALUCHOW, W., "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defence of Inclusive Legal Positivism", cit., 76 ss.

<sup>16</sup> Cfr. COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., 114.

<sup>17</sup> Cfr. KRAMER, M., "How Moral Principles can Enter into Law", *Legal Theory* 6 (2000), 94 ss; RÓDENAS, Á., "¿Qué queda del positivismo jurídico?", *Doxa*, 26 (2003), 423 ss.

<sup>18</sup> Cfr. WALUCHOW, W., "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", cit., 79; y HIMMA, K., "H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis", cit., 3-4.



neoconstitucionalismo. A continuación se explicará en qué consiste tal refinamiento o redefinición. Sin embargo, antes de realizar esto conviene recordar las tesis que caracterizan al positivismo hartiano: a) *la tesis de la separación*: la validez de una norma no implica necesariamente su validez moral y viceversa. Una norma no es jurídicamente válida por el mero hecho de ser moralmente aceptable, y del hecho de que una norma sea inmoral no se sigue que ella no sea jurídicamente vinculante; b) *la tesis de las fuentes sociales*: la existencia y el contenido del derecho de una sociedad dependen de un conjunto de factores sociales. Identificar normas jurídicas implica conocer ciertos hechos sociales que dan lugar a la creación de Derecho; c) *la tesis de la discrecionalidad*: las normas jurídicas válidas no regulan en forma clara cada comportamiento. Cuando la ley es indeterminada, los jueces tienen discrecionalidad<sup>19</sup>.

#### a) La tesis de la separabilidad

El ILP ha denominado a la tesis de la separación entre el Derecho y la moral como la tesis de la separación conceptual o tesis de la separabilidad. Esta tesis afirma que el Derecho y la moral son conceptualmente distinguibles, aunque no necesariamente inconexos. En otras palabras, se afirma que entre el Derecho y la moral no existe ningún tipo de vinculación necesaria, por más que puedan existir vinculaciones contingentes<sup>20</sup>. A partir de esta afirmación, Coleman llega a sostener que el positivismo jurídico es correcto sólo con que podamos imaginarnos un sistema jurídico que no tenga un principio moral como condición de validez jurídica. De hecho, para este autor, dicha tesis resulta conceptualmente inatacable y descriptivamente exacta, aunque, por ser meramente negativa, no logra caracterizar al positivismo jurídico<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Hart enuncia estas tres tesis cuando explica qué entiende por “positivismo jurídico”. Cfr. HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” (trad. L. Hierro, F. J. Laporta y J. R. de Páramo), *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 36 (1980), 4 ss. Tomamos de Moreso la formulación de estas tesis del positivismo jurídico, porque esta formulación contrasta con las versiones incluyentes de dichas tesis. Cfr. MORESO, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, 94.

<sup>20</sup> Cfr. HART, H. L. A., “Postscript”, cit., 268; WALUCHOW, W., “Herculean Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies* (1984), 209.

<sup>21</sup> Cfr. COLEMAN, J., “Negative and Positive Positivism”, en COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1983, 30 y *The Practice of Principle*, cit., 152. Hemos explicado algunos de los muchos sentidos que ha recibido la tesis de la separación entre el Derecho y la moral en ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, cit., n. 498.

b) La tesis social débil

En cuanto a la tesis social, se propone una versión débil de la tesis que afirma que la existencia y el contenido del Derecho dependen de un grupo de hechos sociales porque el Derecho es en esencia una creación o un artefacto humano, una construcción social o un producto de la actividad del hombre que en última instancia depende de hechos y no de valores. La versión incluyente de dicha tesis sostiene que la existencia y el contenido del Derecho pueden ser identificados con referencia a las fuentes sociales del Derecho (v. g., la legislación, etc.) y sin referencia a la moral salvo que el Derecho hasta aquí identificado haya incorporado criterios morales para su identificación. Así, la moral es relevante para determinar la validez jurídica sólo si tiene una conexión institucional adecuada. Por todo esto, lo que distingue a la tesis social débil (o incluyente) es que sólo considera necesario que la regla de reconocimiento dependa de hechos sociales; permitiendo que estos hechos incorporen criterios morales de los que dependerá la validez jurídica de las reglas primarias<sup>22</sup>.

c) La tesis de la discrecionalidad

Con respecto a la tesis de la discrecionalidad, el ILP aclara que no siempre que el Derecho apela o remite a la moral los jueces poseen discrecionalidad. Sin embargo, ello no equivale a sostener que los jueces no deciden nunca de forma discrecional. Los jueces poseerán discrecionalidad sólo cuando las normas que han de aplicar resulten incapaces de determinar una única respuesta correcta. Dicho de otro modo, si bien puede ser requerido el ejercicio de la discrecionalidad cuando se aplican test morales, esto no necesariamente tiene que ser así. Por eso, no siempre que los jueces apliquen contenidos morales será necesaria la creación de nuevo Derecho<sup>23</sup>.

3. *Las tesis propositivas o positivas del ILP*

Los principales exponentes del ILP son conscientes de que las tesis del positivismo incluyente parecen tener un carácter defensivo o negativo. Por esto, además de sus argumentos defensivos, cada uno propone una tesis positiva.

<sup>22</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 112.

<sup>23</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 226 ss. y COLEMAN, J. y LEITER, B., "Legal Positivism", en PATTERSON, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, 251.

## a) La tesis de la convencionalidad

Una de estas tesis positivas enfatiza el carácter convencional de las normas jurídicas, subrayando que dicho carácter puede establecer que el valor moral de una norma sea condición de su validez jurídica, y afirmando que la correcta atención a la convencionalidad del Derecho permite explicar la juridicidad de las normas cuya validez depende de estándares morales (Coleman)<sup>24</sup>. Sin embargo, ello no oculta el problema que supone para la tesis de la convencionalidad incluyente lo controvertido que resulta muchas veces el Derecho (sobre todo cuando incorpora estándares morales). Por esto, se ha intentado superar el problema con los siguientes argumentos:

(1) Debido a que estas reglas pretenden guiar el comportamiento de los funcionarios que las practican, su contenido no puede estar determinado por el alcance de su comportamiento. Si esto fuera así, supondría que el contenido de estas reglas sólo podría establecerse después de su aplicación y, por lo tanto, no servirían para guiar sus conductas. Por ello se afirma que si bien la conducta de dichos participantes es una condición de *existencia* de una regla de reconocimiento convencional, el *contenido* de la regla no está determinado por su comportamiento.

(2) Las prácticas o reglas convencionales pueden (de hecho, casi siempre deben) admitir la posibilidad de desacuerdo. Es más, ese desacuerdo puede tomar dos formas. Puede ser un desacuerdo acerca de cómo *aplicar* la norma, o un desacuerdo sobre su *contenido*. Esta distinción permite sostener que por más que los jueces no estén de acuerdo en cómo aplicar una norma a un caso en particular, esto no implica que los jueces no puedan estar de acuerdo sobre el contenido de dicha norma. En otras palabras, cierto desacuerdo sobre lo que la regla exige no es incompatible con la convencionalidad de la regla. En cambio, un desacuerdo en todo caso de su aplicación o en la mayoría de ellos sí sería incompatible con la idea de que se sigue una misma regla<sup>25</sup>.

(3) Para explicar la naturaleza y el alcance del acuerdo necesario para que pueda defenderse la convencionalidad de una regla sobre la cual puede haber

<sup>24</sup> Cfr. COLEMAN, J., “Negative and Positive Positivism”, cit., 32 ss.

<sup>25</sup> Cfr. COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., 116. Algunos autores siguiendo esta línea argumentativa distinguen entre falta de acuerdo respecto de lo que *exige* una regla y su *indeterminación*. El primero es concebido como un problema epistémico; mientras que el segundo es entendido como un problema ontológico o semántico. Cfr. ORUNESU, C., “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente”, *Análisis Filosófico*, 27 (2007), 41 ss.

desacuerdos, se apela a la noción de actividad cooperativa compartida (*social cooperative activity* o SCA). Resumidamente, se sostiene que es una condición de las SCA que quienes participen de ella compartan una intención o actitud que converja en un objetivo común (que funciona como marco de fondo que estructura los acuerdos), por más que las razones para hacerlo sean diferentes. En definitiva, debido a que la regla de reconocimiento puede ser concebida como un marco para acordar cómo seguir, podría aceptarse que dichas reglas establezcan convencionalmente que las disputas sobre su contenido se resuelvan apelando a determinados argumentos morales o políticos<sup>26</sup>.

No obstante, la tesis de la convencionalidad no sólo permite, a juicio de Coleman, explicar la juridicidad de las normas, sino también hacer inteligible la pretensión del Derecho de resultar obligatorio. En este sentido, se desarrolla la tesis según la cual la obligatoriedad de la regla de reconocimiento puede ser explicada si se la entiende como una actividad cooperativa compartida (SCA)<sup>27</sup>. Resumidamente, se sostiene que la práctica de la que participan los funcionarios y de la que depende la existencia de la regla de reconocimiento implica un compromiso conjunto (más que la mera convergencia de aprobaciones unilaterales) y dichos compromisos generan confianza y un grupo justificado de expectativas que pueden dar lugar a obligaciones<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., 98 ss. y HIMMA, K., “Inclusive Legal Positivism”, en COLEMAN, J. y HIMMA, K. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, University Press, Oxford, 2002, 132 ss. Otros autores también han debatido con estos autores el tipo de convención que tiene que ser la regla de reconocimiento. Al respecto, cfr. MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, 7 ss; IGLESIAS VILA, M., “Discreción judicial y positivismo jurídico. Los criterios sustantivos de validez”, en CARBONELL, M.; FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ, R. (eds.), *Jueces y Derecho*, Porrúa, México, 2004, 236 ss; y KRAMER, M., *Where Law and Morality Meet*, University Press, Oxford, 2006, 77 ss.

<sup>27</sup> Unos años antes, Coleman había intentado esto mismo a partir de la noción de convenciones de coordinación. En otras palabras se buscó este objetivo sobre la idea de que el Derecho convencional es capaz de crear obligaciones morales porque es capaz de crear expectativas legítimas y estables sobre el comportamiento de los demás. Así, su obligatoriedad se fundamentaría en que el incumplimiento de estas expectativas perjudica y pone en peligro a quienes forman parte de la convención. Sin embargo, con el correr de los años Coleman ha preferido sustituir este argumento por el que sugiere que la regla de reconocimiento es una actividad cooperativa compartida. La razón de este cambio en la argumentación es que, a su juicio, esta nueva fórmula es más completa y, además, refleja mejor la unidad de la visión que defiende la convencionalidad de la regla de reconocimiento incluyente. Cfr. COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., 99 ss. y “Conventionality and Normativity”, en VILLANUEVA, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, Rodopi, Netherlands, 2002, 157-175.

<sup>28</sup> Cfr. COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., 98 ss.

## b) La tesis de la mayor capacidad descriptiva-explicativa

La otra tesis positiva afirma que el ILP es preferible a otras versiones del positivismo jurídico por su capacidad para explicar o describir mejor el funcionamiento de los modernos sistemas constitucionales que poseen Cartas de derechos fundamentales (Waluchow). Así, se reprocha la tesis del positivismo jurídico “excluyente” que afirma que cada vez que el Derecho hace referencia de hecho a la moral el juez posee discrecionalidad o apela a estándares extrajurídicos, porque se considera que no refleja el funcionamiento real de los sistemas constitucionales<sup>29</sup>. De hecho, hay quienes afirman que una explicación de este tipo supone reconocer una indeterminación casi total del Derecho actual, porque los modernos sistemas constitucionales remiten directa o indirectamente a la moral en muchas oportunidades. Por ello, se presenta esta diferencia entre el positivismo excluyente y el incluyente como una diferencia en la interpretación de la tesis de la discrecionalidad judicial. Así, la tesis incluyente de la discrecionalidad busca diferenciarse de la excluyente al afirmar que no siempre que el Derecho apela a la moral los jueces poseen discrecionalidad, aunque ello no equivale a desterrar por completo la discrecionalidad judicial. En definitiva, un juez tendría discrecionalidad sólo cuando el test de validez jurídica (que puede o no poseer componentes morales) se muestra incapaz de determinar una única respuesta correcta<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 141 s. Coleman rechaza la tesis que afirma que el ILP posee mayor precisión descriptiva que el ELP, en lo que respecta a la explicación de cómo las constituciones incorporan valores morales al Derecho, por considerarla inútil, toda vez que el debate ILP/ELP es conceptual y no descriptivo. Dicho de otro modo, Coleman sostiene que el debate ILP/ELP no es sobre la descripción de la sintaxis de las cláusulas constitucionales sino sobre cuál enfoque ofrece la mejor explicación del hecho de que el lenguaje moral aparezca en las cláusulas constitucionales. Cfr. COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., 109. Bayón considera que si bien la respuesta del ELP puede parecer contraintuitiva, es conceptualmente correcta, aunque no por esto menos problemática; ya que, de ella parece deducirse que el Derecho renuncia a su pretensión de constituir un conjunto de razones perentorias –es decir, a su autoridad– en los casos en que el Derecho remite a la moral. Cfr. BAYÓN, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., 66-69.

<sup>30</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 226 ss. Para Coleman, la incorporación de la moral al Derecho está lejos de eliminar la tesis positivista de la discrecionalidad judicial. De hecho, para este autor, la incorporación de estándares morales controvertidos al Derecho tiene como consecuencia el aumento de casos controvertidos o vagos que exigen su resolución por medio de la discrecionalidad. Cfr. COLEMAN, J. y LEITER, B., “Legal Positivism”, en D. PATTERSON (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, 251.

### III. DESAFÍOS AL POSITIVISMO INCLUYENTE

Hasta aquí se han expuesto de modo sucinto prácticamente todas las tesis afirmativas incluyentes. Buena parte del resto de su desarrollo tiene que ver con argumentaciones defensivas que buscan mostrar únicamente su viabilidad. No es el objeto de este trabajo reproducir todos estos debates, sino mostrar algunos desafíos que ILP todavía no parece haber superado pese a sus esfuerzos defensivos<sup>31</sup>. A continuación nos ocuparemos de este asunto.

#### 1. *Positivismismo incluyente: ¿Adaptación o abandono de la tradición positivista?*

Si el ILP busca defender al positivismo jurídico de las críticas de Dworkin, rechazando algunas de dichas críticas y admitiendo que otras caben perfectamente en el modelo teórico positivista de Hart, *en buena medida el debate sobre el ILP es un debate acerca de la esencia del positivismo jurídico*. En otras palabras, cuando se debate si el ILP es una versión aceptable del positivismo jurídico capaz de superar las críticas de Dworkin, en gran medida se está debatiendo cuál es la esencia de la tradición positivista. De hecho, tanto Dworkin como Raz (principales opositores del ILP) han puesto en tela de juicio la posibilidad de que una versión coherente del positivismo jurídico pueda admitir la presencia de principios morales dentro del Derecho, aunque uno de ellos desde dentro y el otro desde fuera de la tradición positivista.

Como una explicación pormenorizada de la tradición positivista excede los objetivos y posibilidades de este trabajo (siguiendo a Serna), simplemente se observarán dos dificultades del intento de encontrar una versión coherente del positivismo jurídico que pueda ser ubicada entre el neoconstitucionalismo (y la Teoría del Derecho de Dworkin) y el positivismo tradicional.

Por un lado, la tesis clásica de la separación entre el Derecho y la moral y del estudio avalorativo del Derecho es relativizada de tal manera por el ILP que parece abandonarse su fundamento y sentido originario. Al admitir el positivismo incluyente que las descripciones pueden contener valoraciones se pone en jaque el sentido de la tradicional distinción metodológica propuesta por Bentham entre un Derecho que es y un Derecho que debe ser y entre la

---

<sup>31</sup> Esta tarea le hemos llevado a cabo en un trabajo de más largo aliento en ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, cit., *passim*.

Ciencia Jurídica que se ocuparía de la descripción del Derecho que es y la Ciencia de la Legislación que se ocuparía de criticarlo y valorarlo. No parece solucionarse esta cuestión meramente observándose que una descripción valorativa y general sobre lo característico o “esencial” del fenómeno jurídico continúa siendo una tarea diferente de tomar partido sobre él. El problema ahora sería que esta afirmación no permitiría distinguir al positivismo jurídico de otras posiciones teóricas. Precisamente, sólo el positivismo más ortodoxo no admitiría esto. Al final de cuentas, los caminos intermedios que pretende transitar el ILP para explicar el Derecho se bifurcan en dos grandes posibilidades: i) hacer una descripción de tipo sociológica de cuáles son las características de una práctica jurídica en concreto; o ii) determinar cuáles son las características esenciales de toda práctica jurídica y cuándo y bajo qué condiciones las reglas dan efectivamente razones para la acción, es decir, cuándo la obediencia al Derecho está justificada<sup>32</sup>.

Por otro lado, el modo en que es redefinida la tesis social (que afirma la positividad como rasgo identificador del Derecho) también pone en duda su fundamento y sentido inicial. Esto queda en evidencia con la aceptación por parte del ILP de que el Derecho ya no puede pensarse como algo dado de una vez a partir del acto creador de la norma, porque el Derecho acaba siendo el resultado de un proceso interpretativo que habitualmente ha de tener en cuenta criterios éticos y valorativos. Debido a lo indeterminados que pueden resultar dichos criterios, el resultado del proceso interpretativo es fruto de un razonamiento discrecional que no es ni puramente lógico o deductivo, pero tampoco es meramente arbitrario o irracional. Claramente no es en este tipo de positividad, como rasgo distintivo del Derecho, en el que pensaron Hobbes y Kelsen. Estos autores expulsaron toda referencia a valores (como la justicia) de la definición del Derecho, porque al no ser susceptibles de un conocimiento seguro (Hobbes) o de un verdadero conocimiento (Kelsen), sería imposible identificar el Derecho si no se prescinde del elemento moral. Dicho de otro modo, en la tradición positivista se buscó la exclusión de toda referencia a elementos morales para lograr un grado de obediencia que permita garantizar la paz social o para que pueda construirse una Ciencia jurídica pura y rigurosa.

En definitiva, parece existir en la tradición del positivismo jurídico una conexión entre la tesis de la separación entre Derecho y moral y de la aproxi-

---

<sup>32</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B., *Objetividad y determinación del Derecho*, cit., 23 ss.

mación avalorativa al estudio del Derecho y la tesis social. El énfasis sobre la positividad aparece ligado a los problemas de orden epistemológico que plantea la referencia a la moral. Precisamente, dichas dificultades fundamentaban tanto la tesis de la separación como la tesis social. Dicho fundamento desaparece en el ILP, ya que acepta que el Derecho contemporáneo habitualmente es identificado no sólo teniendo en cuenta elementos fácticos sino también morales y que tal proceso posee valor cognoscitivo porque puede considerarse objetivo.

Todo esto permite poner en tela de juicio el sentido de seguir proponiendo un estudio meramente descriptivo del Derecho y a la positividad como rasgo identificador del Derecho, ya que los valores y criterios éticos dejaron de ser considerados un obstáculo para la objetividad de su conocimiento ni para la identificación del Derecho a obedecer. Puede intuirse, entonces, que lo importante para el ILP no es tanto adherir a una teoría que se considera verdadera, sino sumarse a una tradición y un apelativo que se valoran por otras razones<sup>33</sup>.

## 2. *El ILP como solución a la arbitrariedad legal*

Como ha sido explicado al comienzo de este trabajo, el fenómeno del neoconstitucionalismo (expandido sobre buena parte del mundo occidental) puede caracterizarse (principalmente) por la incorporación en las constituciones de derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como Derecho directamente aplicable y sistemas de control judicial de constitucionalidad.

Dicho fenómeno empieza a gestarse (en su versión europea o continental) con la aparición de constituciones (lideradas por la Ley Fundamental de Bonn de 1949) preocupadas por la protección de los derechos fundamentales, inspiradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y que en muchos casos comparten el hecho de ser proclamadas después de regímenes dictatoriales<sup>34</sup>. Por ello, estas constituciones buscan crear un nuevo modelo

<sup>33</sup> Cfr. SERNA, P., *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, cit., 53 ss; y “El positivismo jurídico incluyente en la tradición del positivismo jurídico”, en ETCHEVERRY, J. B. y SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del Positivismo Jurídico. Estudios críticos sobre el “Inclusive Legal Positivism”*, cit., 26 ss.

<sup>34</sup> A modo de ejemplo, confrontar el trabajo de Miranda en el que ha mostrado cómo la Constitución de Portugal se encuentra inspirada en la Constitución de Alemania –ambas fueron procla-



institucional que desaliente la posibilidad de que vuelvan a ocurrir violaciones masivas de Derechos Humanos y que ayude a la construcción de democracias respetuosas de tales derechos<sup>35</sup>.

Algunos positivistas incluyentes sugieren que su versión del positivismo de algún modo facilitaría o admitiría la existencia de mecanismos institucionales que permitirían evitar resultados injustos, arbitrarios o absurdos en la identificación, interpretación y aplicación del Derecho<sup>36</sup>. Sin embargo, del hecho de que se reconozca y muestre cómo algunos sistemas jurídicos modernos incorporan criterios morales de validez que funcionan como “válvulas de escape” para evitar que la identificación “formalista” del Derecho produzca resultados absurdos e injustos no implica que siempre y en todos los sistemas jurídicos se eviten dichos resultados.

No menos problemático es la propuesta incluyente que admite que en la interpretación del Derecho se puede ir más allá del significado evidente o literal del texto en que se expresan las normas jurídicas positivas, a fin de evitar que en la aplicación del Derecho determinado se den resultados absurdos o injustos. La dificultad que tiene intentar esto apelando al trasfondo interpretativo compartido que se supone posee toda comunicación, es que no está del todo claro que toda comunicación tenga tal trasfondo o que de existir dicho trasfondo realmente permita evitar los resultados antes mencionados.

Apelar a las intenciones legislativas no es menos problemático. Conocidas son las críticas contra esta posibilidad. Por ejemplo, la dificultad de hablar de una *única* intención legislativa, los inconvenientes para determinarla, para justificar su relevancia, etc.

Por otra parte, debido a que el intento de apelar al contexto de las normas jurídicas positivas implica remitirse a un contexto “convencional” o a uno “intencional”, esta idea no logra diferenciarse de las anteriores ni superar sus inconvenientes.

---

madas después de un régimen dictatorial— y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Cfr. MIRANDA, J., “La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués”, *Revista de estudios políticos*, 60-61 (1988), 595-597.

<sup>35</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B., “Building a Democracy respectful of Human Rights. The Constitutional Design that Emerges from the Philosophical Roots of the Constitution of Timor-Leste”, en BINCHY, W. (ed.), *Timor-Leste Constitution*, Dublin, Clarus, 2012, 18 ss. (en prensa).

<sup>36</sup> Cfr. SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, 203 ss. y WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 260 ss.

Resta decir que además de estos inconvenientes, ninguna de las respuestas mencionadas es capaz de evitar que una norma jurídica positiva que busca generar “resultados injustos” logre su cometido<sup>37</sup>.

### 3. *El problema de la objetividad de la moral y del Derecho*

Otra de las dificultades que no ha podido sortear de modo definitivo el ILP es su explicación del tipo de objetividad que le reconoce a los criterios morales a los que refieren las normas jurídicas. En este sentido, si el ILP pretende defender que no siempre que el Derecho apela a la moral los jueces poseen discrecionalidad o crean nuevo Derecho, ha de defender algún tipo de objetividad de la moral a la que expresamente hace referencia el Derecho actual. Esta cuestión resulta desafiante ya que, como advierte Dworkin, pareciera ser parte de la ambición de los positivistas la posibilidad de independizar “el estatuto objetivo de las proposiciones del Derecho de cualquier teoría controvertible, tanto meta-ética como de la ontología moral”<sup>38</sup>. Este objetivo parece contrario a la posibilidad de que la validez del Derecho pueda depender de valores morales objetivos (de hecho, algunos positivistas excluyentes parecen estar de acuerdo con esta crítica de Dworkin al ILP)<sup>39</sup>.

Varias son las respuestas incluyentes que han surgido a fin de superar esta crítica. Dichas respuestas podrían ser agrupadas al menos en dos líneas principales de defensa.

#### a) El intento de evadir el problema de la objetividad de la moral

Una primera línea de defensa del ILP frente a lo que hemos denominado “el problema de la objetividad de la moral” busca evadir esta cuestión, en lugar

<sup>37</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B., *Objetividad y determinación del Derecho*, cit., 113 ss.

<sup>38</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977. Traducción de GUASTAVINO, M., *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984, 476.

<sup>39</sup> Cfr. MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, 141; S. POZZOLO, “Riflessioni su *inclusive* e *soft* positivism”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, 242-244; LEITER, B., “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en COLEMAN, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 360-363. De algún modo el propio Hart reconoce esta dificultad cuando en el “Postscript” afirma que como la teoría jurídica debe evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertidas sobre el estatus general de los juicios morales, es necesario dejar abierta la pregunta sobre la “base objetiva” de los principios y valores. HART, H. L. A., *Postscript*, en *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, 254.

de enfrentarla directamente. En este sentido, se ha sostenido: i) que ésta no es una cuestión de importancia práctica, ya que en la práctica jurídica no importa si un juez *crea* nuevo Derecho con base en la moral o si, guiado por su juicio moral, *aplica* Derecho preexistente<sup>40</sup>; ii) que no es necesario pronunciarse sobre la controvertida cuestión relativa a la objetividad de la moral para poder determinar si los jueces legislan nuevo derecho o aplican derecho preexistente cuando resuelven conforme a los criterios morales a los que remite el Derecho<sup>41</sup>; o bien iii) que el positivismo no necesariamente está vinculado con un escepticismo moral<sup>42</sup>.

La defensa del ILP (i) que sugiere que no tiene relevancia práctica establecer si la moral que incorpora el Derecho es objetiva o no resulta, cuanto menos, un tanto curiosa. En primer lugar, porque deja a mitad de camino, sin repuestas ni defensas, todos los esfuerzos teóricos y explicativos que ha realizado el ILP a fin de defender que el positivismo es capaz de sostener que la moral puede ser realmente incorporada al Derecho. Además, si se considera que la respuesta que ofrece el ILP a las críticas de Dworkin, es la más acertada o la única que realmente es capaz de defender al positivismo jurídico, entonces no parece ser indiferente que ILP o el ELP tenga razón. En última instancia, de esto parece depender la viabilidad del positivismo jurídico actual<sup>43</sup>.

Por otra parte, también resulta sorprendente y confuso que se sugiera que no es relevante para la práctica jurídica si un juez crea nuevo Derecho con base en la moral o si, guiado por su juicio moral, aplica Derecho preexistente. Si (como afirman algunos autores excluyentes, v. g., Raz) toda remisión jurídica a criterios valorativos es concebida como una delegación de poder a los jueces para que “creen nuevo Derecho” aunque sin verdadera discrecionalidad moral (sino obedeciendo lo que mandan dichos criterios), es correcto pensar que la distinción (empleada a los casos de remisiones jurídicas a la moral) entre “crear nuevo Derecho” con base en la moral o “aplicar Derecho preexistente” guiado por la moral resulta indiferente para la práctica jurídica. Lo que no

<sup>40</sup> HART, H. L. A., *Postscript*, 254.

<sup>41</sup> Cfr. SOPER, P., “Two Puzzles from the Postscript”, *Legal Theory*, 4 (1998), 370 ss.

<sup>42</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 219-221 y COLEMAN, J., “Truth and Objectivity in Law”, *Legal Theory*, 1 (1995), 35-36.

<sup>43</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B., “El positivismo jurídico incluyente y el problema de la objetividad de la moral”, en ETCHEVERRY, J. B. y SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del Positivismo Jurídico. Estudios críticos sobre el “Inclusive Legal Positivism”*, cit., 142.

está claro de esta posición (excluyente) que acaba de explicarse es el sentido con que afirma que en los casos en los que jueces acuden a criterios valorativos “crean nuevo Derecho discrecionalmente”, si deben aplicar y, de hecho, aplican dichos criterios valorativos (objetivos) sin ningún tipo de discrecionalidad moral<sup>44</sup>.

Se hará solamente una consideración crítica a la respuesta (ii), que sugiere que no es necesario pronunciarse sobre la controvertida cuestión relativa a la objetividad de la moral para poder determinar si los jueces legislan nuevo derecho o aplican derecho preexistente cuando resuelven conforme a los criterios morales a los que remite el Derecho, ya que esta distinción no depende de la objetividad del criterio que se aplica sino de lo que los ciudadanos opinan sobre dicha cuestión. Si esta argumentación es trasladada a todas las reglas y no sólo a las que remiten a la moral (no se han ofrecido razones para que esto no deba hacerse de este modo), entonces ningún tipo de norma sería determinante para establecer si un juez está aplicando el Derecho, sino que lo determinante sería lo que los ciudadanos opinan al respecto. Como es fácil advertir, esto supone una audaz y problemática conclusión escéptica sobre el papel de las normas<sup>45</sup>.

Para poder comprender adecuadamente la defensa (iii) que sugiere que el positivismo no necesariamente está vinculado con un escepticismo moral, resulta clarificador realizar algunas distinciones sobre los distintos sentidos que puede tener esta afirmación.

Por un lado, si esta respuesta pretende defender una versión del ILP que admite que la validez del Derecho pueda depender de valores morales objetivos y no de las meras actitudes relativas a esos valores observables desde una perspectiva empirista, entonces sin duda se está haciendo una aseveración que nunca había sido defendida por el positivismo jurídico. Esta afirmación resulta contraria a la idea positivista que sugiere que la verdad de las proposiciones jurídicas consiste en hechos históricos ordinarios referentes al comportamiento individual o social y a la ambición de independizar el estatuto objetivo de

<sup>44</sup> Nos hemos ocupado con anterioridad de esta cuestión en “What has been the Outcome of the ILP/ELP Debate?”, en MORESO, J. J. (ed.), *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2007, 53-65 y en *Objetividad y Determinación del Derecho*, cit., capítulo IV, epígrafe II.5.

<sup>45</sup> Cfr. HIMMA, K., “Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms”, *Legal Theory*, 5 (1999), 431 ss.

las proposiciones del Derecho de cualquier teoría controvertible, tanto meta-ética como de la ontología moral.

Por otro lado, si la respuesta que sugiere que el positivismo jurídico no necesariamente debe rechazar la objetividad de la moral, sostiene que la moral que es incorporada al Derecho está formada por creencias observables de forma empírica también ha de enfrentar una serie de dificultades. Precisamente, de dichas dificultades nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

b) La propuesta de una teoría moral objetivista sin implicaciones metafísicas

Un segundo camino de defensa del ILP frente a la cuestión de la objetividad de la moral es aquel que pretende mostrar que es posible concebir algún tipo de objetivismo moral si implicancias metafísicas o que no sea realista. A fin de que se entiendan correctamente las objeciones que se plantean contra este tipo de teorías morales presentadas por algunos defensores del ILP, se las dividirá en dos clases: i) aquellas que defienden algún tipo de convencionalismo moral; y ii) aquellas que intentan evitar este tipo de soluciones, aunque sin apelar a una teoría realista o con implicancias metafísicas.

- Objetivismo moral convencionalista

Con respecto al intento de defender algún tipo de objetivismo moral convencionalista, hay que advertir que una posición de este tipo tiene dificultades para explicar cómo es posible que una comunidad entera se equivoque en una apreciación moral o cómo sería la evolución del contenido o reconocimiento de una prescripción *moral* sin que por esto se la haya cambiado. Por otra parte, las posiciones morales convencionalistas tienen grandes dificultades al intentar defender algún tipo de objetivismo, debido a lo enormemente controvertidas que resultan la mayoría de las cuestiones morales<sup>46</sup>. De hecho, si la existencia de las respuestas morales correctas dependiese de la existencia de este tipo de convenciones, buena parte del Derecho actual resultaría indeterminado y subjetivo porque en la mayoría de los casos en que ha de aplicarse un criterio moral existen desacuerdos sobre su alcance, contenido, etc.

---

<sup>46</sup> Cfr. SPAEMANN, R., *Ética: Cuestiones fundamentales* (trad. de J. M. Yanguas), EUNSA, Pamplona, 1998, 26.

La idea de que tales desacuerdos pueden ser explicados desde una posición convencionalista “profunda” tan sólo advirtiéndose que los criterios convencionales pueden no ser transparentes para sus usuarios, tampoco resulta más promisorio<sup>47</sup>. Los desacuerdos no parecen dispuestos a ceder frente a intentos de develar los criterios tácitos sobre los que debería existir un acuerdo y la idea de que se puede estar de acuerdo sobre algo sin ser capaz de reconocer sobre lo que se está de acuerdo, *incluso cuando se hace un esfuerzo en este sentido*, resulta un tanto llamativa. De hecho, la existencia de decisiones judiciales adoptadas por mayoría y no por unanimidad y el reconocimiento de varias instancias de revisión judicial reflejan con bastante claridad el hecho de que el esfuerzo por buscar los criterios tácitos sobre los que supuestamente existe un acuerdo no es capaz de lograr acabadamente su objetivo. Ello pone de manifiesto el aspecto enigmático de esta propuesta, la idea de que es posible que todas las personas que supuestamente están de acuerdo sobre algo, puedan no ser capaces de reconocer, una buena medida de dimensiones de aquello sobre lo que están de acuerdo.

Precisamente, para explicar la cuestión de la naturaleza y alcance del acuerdo necesario para que pueda defenderse la convencionalidad de una regla que remite a la moral y sobre la cual puede haber desacuerdos, Coleman propone la noción de actividad cooperativa compartida (SCA)<sup>48</sup>. A su juicio, es una condición de la SCA que quienes participan de ella compartan una intención o actitud que converja en un objetivo común que funciona como marco de fondo que estructura los acuerdos.

Si bien la existencia de dicho marco convencional aseguraría al menos un mínimo de acuerdo que permitiría que las reglas que remiten a la moral sean capaces de cumplir algún tipo de función de guía o regulación general de conductas ya que gozarían de algún margen de referencia indiscutido, su apli-

<sup>47</sup> Hemos explicado en qué consiste el convencionalismo profundo en ETCHEVERRY, J. B., *Objetividad y determinación del Derecho*, cit., 61-62, 175 ss. y 219 y ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, cit., 311-313 y 366-367. Algunos de los autores que defienden esta posibilidad son BAYÓN, C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., 78-81; RÓDENAS, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, 26 (2003), 430-446; y IGLESIAS VILA, M., “Discreción judicial y positivismo jurídico. Los criterios sustantivos de validez”, en CARBONELL, M.; FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ, R. (eds.), *Jueces y Derecho*, Porrúa, México, 2004, 248-252.

<sup>48</sup> Hemos explicado el convencionalismo de Coleman en el epígrafe II.3.

cación exige un tipo de razonamiento que sólo parte del piso de dicho acuerdo, pero que debe ir más allá de este para resultar operativo.

Dicho de otro modo, si bien (como advirtieron el propio Hart y varios de sus discípulos) en cierto modo puede ser posible identificar mínimamente qué quiso decir el legislador o el constituyente al incorporar conceptos morales tales como “trato degradante”, ya que dichos conceptos suelen tener un componente descriptivo (capaz de remitirnos a sus “paradigmas” de uso)<sup>49</sup>, el resultado de la aplicación de estas reglas de uso no siempre es uniforme. Reflejo de ello es que el acuerdo que puede existir sobre su contenido difícilmente logre evitar que cuando los jueces deban aplicar las normas que recogen dichos conceptos tengan que hacer una elección entre alternativas abiertas. Así, por más que no sea infinito el campo de respuestas que admiten estos conceptos valorativos (llamados “*thick concepts*”) queda todavía por establecer cómo es que han de ser aplicados a un caso en concreto.

Ahora bien, afirmar (como hace el positivismo incluyente) que toda vez que no hay acuerdo sobre el contenido o la aplicación de uno de los estándares morales a los que remite el Derecho, el propio Derecho resulta indeterminado en este punto, supone también aceptar que en estos casos el Derecho se vuelve en buena medida incapaz de guiar conductas y delimitar mayormente la labor judicial. Si esta descripción fuese correcta, como mínimo los jueces tendrían discrecionalidad en todos los casos que llegan a juicio y en los que se debate el contenido o la aplicación de los estándares valorativos en cuestión. Esto sería así porque la sola existencia del debate judicial evidenciaría la falta de acuerdo en este sentido. Más aun, podría pensarse que el Derecho resulta (al menos en la actualidad) profundamente indeterminado y, por lo tanto, incapaz de cumplir con la función de ofrecer un grupo determinado de estándares públicos para guiar las conductas de los ciudadanos y los funcionarios que tradicionalmente el positivismo le reconocía al Derecho<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. MORESO, J. J., “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, cit., 99 ss. Marmor suscribe en cierto modo esta idea. Cfr. MARMOR, A., *Positive Law an Objective Values*, cit., 53 y 68. Sobre la posición de Hart al respecto, cfr. FINNIS, J., “On Hart’s Way: Law as Reason and as Fact”, en KRAMER, M.; GRANT, C.; COLBURN, B. y HATZISTAVROU, A., *The Legacy of H. L. A. Hart*, University Press, Oxford, 2008, 24; y RAZ, J., “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, en COLEMAN, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 4-6.

<sup>50</sup> Proponemos cómo superar éstas limitaciones en *Positivismo jurídico incluyente: ¿Renovación o decadencia?*, Buenos Aires, *pro manuscrito*, 2011.

- Objetivismo moral no metafísico

En relación al grupo (ii), en primer lugar puede advertirse que algunas de las respuestas relativas a la objetividad de la moral ofrecidas por los autores incluyentes pueden resultar contrarias a la ambición de los positivistas (en general) de independizar el estatuto objetivo de las proposiciones del Derecho de cualquier teoría controvertible, tanto meta-ética como de la ontología moral.

En segundo lugar, que exista un espacio conceptual para el anti-realismo cognitivista no parece asegurar el éxito del ILP. Dicho éxito sólo se lograría si el ILP propone un tipo de objetividad moral coherente con el positivismo jurídico en general, y con lo característico o propio de su versión positivista. Por esto, no basta sólo con observar que pueden existir objetivismos morales no realistas, sin proponer una versión concreta en este sentido.

En tercer lugar y por último, la posibilidad de presentar un tipo de objetivismo constructivista (que busca un espacio entre un realismo metafísico y un relativismo fuerte), no está exenta de complicaciones. Los autores incluyentes que se han ocupado (en mayor o menor medida) de defender esta posibilidad, lo hacen como una hipótesis sin proponer o explicitar de forma precisa cómo se aplicaría la misma<sup>51</sup>. Por ello, al respecto simplemente se harán dos observaciones generales aplicables a diferentes tipos de constructivismo.

El problema de las propuestas constructivistas en general es que buscan una justificación racional para una realidad meramente construida. Para construir dicha realidad se pretende partir de elementos escogidos del modo en que las prácticas conciben la realidad, como si fuesen incontestables, cuando lo que sucede es que no suele haber claridad al respecto. Esto suele colocar a quienes defienden esta posición frente al dilema de caer en un voluntarismo irracional en cuanto a la elección de dichos elementos, o de terminar en posiciones no constructivistas que aceptan la evidencia o la intuición como vías de conocimiento de la verdad moral<sup>52</sup>. En el fondo, el problema de las visiones morales constructivistas es que al final terminan defendiendo convencionalismos muy sofisticados que se topan con la dificultad de mostrar que existen verdaderos acuerdos sobre las cuestiones morales.

<sup>51</sup> Cfr. VILLA, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, 313 y RÓDENAS, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, cit., 441-443.

<sup>52</sup> Cfr. BLANCO, S., “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de Carlos Santiago Nino”, en SERNA, P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, 252 ss.



En cuanto al intento constructivista de proporcionar una justificación de tipo relativista de los juicios morales, el problema es que en última instancia una justificación moral no tiene sentido en una posición relativista. Como explica Serna, todo aquel que argumenta sobre la justificación de un juicio moral lo hace pensando que ella es valiosa en sí y, por lo tanto, no meramente relativa a unas prácticas sociales, etc. “Toda justificación moral postula y exige, pues, la referencia a unos principios últimos, no justificables por otros, no relativos. En este punto, el positivismo del siglo XX (Kelsen, Bobbio, Bulygin) se muestra más razonable en su posición teórica que las nuevas versiones, pues al considerar relativos los valores, renunciaba a cualquier intento de justificación...”<sup>53</sup>.

#### 4. *ILP y discrecionalidad judicial*

Si bien parece existir un acuerdo general en que la moral es un criterio más entre los que toman y deben tomar en cuenta los jueces a la hora de adoptar sus decisiones, la cuestión no es pacífica en cuanto a la juridicidad de dichos criterios morales y la vinculación que existe entre su uso y el surgimiento de la discrecionalidad judicial. Específicamente, el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente debaten sobre estas cuestiones.

La versión excluyente del positivismo jurídico se caracteriza por negar que la moral sea incorporada al Derecho cuando éste, de hecho, hace referencias a criterios morales. Esta posición sostiene que cada vez que los jueces apelan a las razones morales a las que el propio sistema jurídico remite, se está creando nuevo Derecho, porque se están adoptando criterios extra-jurídicos. Esta tesis se fundamenta en la idea de que la existencia y el contenido del Derecho están completamente determinados por fuentes sociales (tesis de las fuentes o tesis social fuerte)<sup>54</sup>. De esta forma, se considera que las fuentes de Derecho son aquellos *hechos* en virtud de los cuales el Derecho es válido, y por medio de los cuales es identificado su contenido<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, el Derecho posee fuentes parlamentarias, interpretativas, estatutarias, formadas por

<sup>53</sup> SERNA, P., “‘Sobre el Inclusive Legal Positivism’ Una respuesta al Prof. Vittorio Villa”, *Persona y Derecho*, 43 (2000), 145-146.

<sup>54</sup> Cfr. RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., 46.

<sup>55</sup> Cfr. *ibid.*, 47-48.

precedentes judicialmente reconocidos o por la costumbre, etc. Es decir, por un amplio rango de diversos tipos de hechos<sup>56</sup>.

En definitiva, esta posición sostiene que es una consecuencia de la tesis de las fuentes, que los tribunales posean discrecionalidad cuando se les requiere que apliquen consideraciones morales<sup>57</sup>. No obstante, uno de los principales exponentes de esta posición –Raz– aclara que esto no implica que dichas consideraciones no sean obligatorias. Para reafirmar esta idea, distingue entre las nociones de *validez* de una norma y de *obligación* de aplicarla. Así, se observa que las normas que obligan a los jueces en un determinado sistema jurídico no tienen por qué coincidir con el conjunto de normas que forman parte de ese sistema jurídico<sup>58</sup>. De hecho, sostiene que la moral siempre es obligatoria porque su alcance es universal<sup>59</sup>.

Como se ha explicado, el positivismo jurídico incluyente sostiene que es conceptualmente viable que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan normas morales sustantivas. Si bien, desde esta perspectiva, no se niega la importancia de la tesis social, se la interpreta de forma tal que queda debilitada. Ello significa que, por más que se comparta la idea de que el Derecho es una construcción social que en última instancia sólo depende de hechos (y no de valores), se admite la posibilidad de que la regla de la que depende la validez del resto de las reglas jurídicas (regla de reconocimiento), incorpore criterios morales para la identificación del resto del Derecho. Así, la moral es relevante para determinar la validez jurídica sólo si tiene una conexión institucional adecuada.

En lo que respecta a la discrecionalidad judicial, lo característico de la posición incluyente es que defiende que no siempre que el Derecho apela a la moral los jueces poseen discrecionalidad. Ello ocurriría sólo cuando los criterios morales que incorpora un sistema jurídico resultan incapaces de determinar una única respuesta correcta.

---

<sup>56</sup> Cfr. *ibid.*, 48.

<sup>57</sup> Cfr. *ibid.*, 75.

<sup>58</sup> Cfr. *ibid.*, 46-47.

<sup>59</sup> Cfr. RAZ, J., “Incorporation by Law”, cit., 2-3. Hecha esta aclaración, se pregunta cuál es el sentido de las provisiones que dan efecto a la moral, si, de todas formas, los jueces igualmente están sujetos a ella. Estas referencias que hace el Derecho a la moral tendrían sentido porque modifican el modo en que la moral se aplica y, al hacer esto, progresan sobre las cuestiones morales, en vez de eliminarlas. Cfr. *ibid.*, 12.

## a) ¿Son determinados los criterios morales de decisión jurídica?

Como se explicó cuando se desarrollaron algunas de las dificultades de las explicaciones convencionalistas de la objetividad de los criterios morales incorporados al Derecho, si (como defienden la mayoría de los autores incluyentes) el Derecho resulta indeterminado cada vez que no hay acuerdo sobre el contenido de uno de sus estándares morales, el Derecho resultaría contra-intuitiva o inverosímilmente indeterminado. Esto le otorgaría a los jueces un tremendo poder para elegir entre alternativas abiertas.

Como mínimo, los jueces tendrían discrecionalidad en todos los casos que llegan a juicio y en los que se debate el contenido de un estándar valorativo incorporado al Derecho (v. g., tutela judicial efectiva, dignidad), ya que la sola existencia del debate judicial evidenciaría la falta de acuerdo en este sentido.

Esta dificultad no desaparece por más que sean correctas las argumentaciones (presentadas por algunos incluyentes) que advierten que: i) en algunos casos las cuestiones morales admiten respuestas sencillas en las que están de acuerdo todos los miembros razonables de una comunidad; ii) muchas veces se exagera el grado de incertidumbre que resulta de la incorporación de criterios morales por parte del Derecho; y iii) hay cuestiones morales menos inciertas que otras de hecho<sup>60</sup>. En definitiva, estos argumentos no evitan que deba admitirse que toda vez que existan pretensiones opuestas sobre lo que un estándar moral incorporado al Derecho exige éste resulte indeterminado y los jueces deban decidir entre alternativas abiertas.

Podría pensarse que el convencionalismo profundo es capaz de explicar cómo es posible que normalmente los jueces no tengan que decidir de forma discrecional los casos en los que se debate el contenido de los estándares morales que utiliza el Derecho. Para esta visión la existencia del debate no evidenciaría la falta de acuerdo porque se cree que éste puede ser tácito e incluso puede llegar a no ser transparente para sus usuarios. Si esta reflexión fuese correcta, probablemente, después de que un tribunal lograra acceder al supuesto trasfondo de criterios compartidos, sus usuarios deberían ser capaces de reconocerlo y aceptar su decisión como la verdaderamente correcta, incluso si es contraria a la pretensión que se tenía. Esto no parece ser lo que

---

<sup>60</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 122 ss., 184 ss. y 223 ss.

normalmente sucede. Reflejo de ello es la existencia de decisiones judiciales adoptadas por mayoría y no por unanimidad. Contra este argumento podría decirse que incluso un tribunal puede resultar incapaz de reconocer el verdadero trasfondo de criterios compartidos. Como se ha advertido, esto pone de relieve el aspecto enigmático de esta propuesta, la idea de que es posible que todas las personas que supuestamente están de acuerdo sobre algo, pueden no ser capaces de reconocer, una buena cantidad de dimensiones de aquello sobre lo que están de acuerdo.

b) ¿Es coherente la noción incluyente de discrecionalidad judicial?

- La coherencia interna

Tanto autores incluyentes como excluyentes caracterizan a la decisión discrecional como una “elección entre alternativas abiertas”<sup>61</sup>. Este modo de entenderla parece suponer que ha de ser caracterizada como un acto *voluntario* que consiste en *optar* por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras<sup>62</sup>. Esto supone un cierto<sup>63</sup> margen de autonomía<sup>64</sup>, libertad<sup>65</sup> o falta de control<sup>66</sup> para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica<sup>67</sup>. Si bien este modo de entender la discrecionalidad judicial pareciera implicar la au-

<sup>61</sup> Cfr. HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., 160. Énfasis añadido.

<sup>62</sup> Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit. 229.

<sup>63</sup> Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cfr. BIX, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., 27.

<sup>64</sup> Cfr. SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, cit., 1991, 222.

<sup>65</sup> Destacando este aspecto de la discrecionalidad, Endicott la define como un “poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular”. Cfr. ENDICOTT, T., “Raz on Gaps-the Surprising Part”, en MEYER, L.; PAULSON, S. y POGGE, T. (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 110. Coleman considera que una norma discrecional es aquella que los jueces son libres de “ignorar”. Cfr. COLEMAN, J., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 107.

<sup>66</sup> Waluchow define la discrecionalidad judicial de forma negativa sugiriendo que ella está relacionada con la falta de un estándar que “controle” o “pretenda controlar”, es decir, que determine, la solución de un caso. Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 195 ss.

<sup>67</sup> Cfr. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., 32-33; y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., 85.

sencia de razones jurídicas para la selección de la respuesta definitiva, esto no significa que dicha elección pueda ser considerada arbitraria o irracional<sup>68</sup>. Al respecto, Hart afirma que cuando el Derecho resulte indeterminado y, por lo tanto, ha de decidirse de forma discrecional, “el juez debe ejercer su poder de creación de Derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión”<sup>69</sup>. Como sugiere Waluchow, al decidir discrecionalmente los jueces buscan “... una respuesta *razonable* que desarrolle y amplíe el Derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única”<sup>70</sup>. En definitiva, de lo hasta aquí expuesto podría caracterizarse a la decisión discrecional como una *elección no arbitraria y limitada*.

Cabe hacer dos observaciones sobre el alcance de la caracterización de las decisiones discrecionales como elecciones entre alternativas abiertas basadas en razones generales que las justifiquen.

El problema de esta caracterización es que, si las decisiones discrecionales implican una elección entre alternativas abiertas, no se entiende en qué medida puede decirse que dicha elección también es justificada y racional. En el fondo lo que no resulta claro es qué implicaciones tiene para los autores incluyentes la idea de que incluso las decisiones discrecionales han de ser basadas en razones que las justifiquen. Dicho de otro modo, si se admite que las decisiones que han de tomarse en los casos difíciles o dudosos deben estar justificadas en razones generales; y que al menos en algunas ocasiones las razones que justifican dichas decisiones ofrecen una única respuesta correcta; entonces: ¿en qué sentido en estos casos quienes deciden lo hacen de forma discrecional, eligiendo entre alternativas abiertas?

Una posible respuesta a este problema implica reconocer que los órganos encargados de aplicar el Derecho sólo tienen discrecionalidad en los casos en los que no sólo el Derecho se encuentra indeterminado, sino también las razones que buscan justificar una decisión final. En estos casos sí que sería inevitable que se termine haciendo una elección, en cierto sentido libre y arbitraria, entre alternativas todas ellas razonables y justificadas. No

<sup>68</sup> Cfr. HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., 159.

<sup>69</sup> HART, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, 273 (énfasis añadido).

<sup>70</sup> WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 218 (énfasis añadido).

obstante, esto no ha sido explicado así por ningún defensor del positivismo incluyente (ni excluyente) y, de hecho, parece limitar mucho el alcance que esta visión le ha querido dar a lo que ha denominado la tesis de la discrecionalidad judicial<sup>71</sup>.

- La coherencia entre la tesis de la discrecionalidad, la de la función de guía del Derecho y la de la autoridad del Derecho

Anteriormente se ha observado que: i) los sistemas jurídicos actuales normalmente hacen referencia a criterios morales que se vuelven prácticamente omnipresentes en todo acto de aplicación del Derecho; ii) en general, para los autores incluyentes, cada vez que existen dudas sobre el alcance de uno de estos criterios ha de decidirse discrecionalmente; y iii) esto implicaría afirmar que todos los juicios en los que se debate el alcance de uno de estos estándares los jueces deciden de forma discrecional.

Lo hasta aquí expuesto parece poner en duda la capacidad del Derecho para cumplir con la función de guía que tradicionalmente la teoría positivistas le había atribuido. En definitiva, parece existir cierta tensión entre la visión de que en la actualidad la mayoría de los casos han de ser resueltos de forma discrecional, derivada de los presupuestos semánticos del positivismo incluyente, y la tesis, defendida por los principales autores positivistas (tanto incluyentes como excluyentes), que sostiene que el Derecho, tal como lo conocemos, busca guiar el comportamiento de los funcionarios y los ciudadanos por medio de pautas generales de conducta que ofrecen una medida pública y certera para el comportamiento propio y ajeno<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Cfr. FINNIS, J., "Natural Law and Legal Reasoning", *Cleveland State Law Review*, 38 (1990), 9. Si bien Raz aclara su posición respecto de esta cuestión al afirmar que los jueces tienen discrecionalidad incluso cuando están obligados por criterios extra-jurídicos incontrovertidos a los que hace referencia el Derecho, esto no hace menos exótica su posición. En concreto, no se entiende bien el alcance de la tesis de la discrecionalidad para Raz, porque claramente no está relacionado con la posibilidad de elegir entre alternativas abiertas para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular. Cfr. ENDICOTT, T., "Raz on Gaps-the Surprising Part", cit., 110 ss. Finalmente, con base en esta última crítica, es posible advertir que no menos extraña que la visión de Raz resultaría una posición que defienda que los jueces tienen discrecionalidad incluso cuando están obligados por criterios extra-jurídicos considerados objetivos y determinados a los que *no* hace referencia el Derecho.

<sup>72</sup> Sobre el modo en que los autores positivistas enuncian la función de guía del Derecho cfr. ETCHEVERRY, J. B., *Objetividad y determinación del Derecho*, cit., 94 ss. Endicott relaciona la función de guía del Derecho con los "beneficios" del Estado de Derecho. Cfr. ENDICOTT, T., "El Derecho es necesariamente vago", cit., 74 ss; y *Vagueness in Law*, cit., 188.

Algo parecido a lo que acaba de afirmarse puede decirse de la capacidad del Derecho para pretender estar dotado de autoridad. Si en la actualidad el propio Derecho remite frecuentemente a consideraciones valorativas que, según Raz, delegan en los jueces la potestad de crear nuevo Derecho por medio de decisiones discrecionales, pareciera que el Derecho actual ha renunciado a su pretensión de constituir un conjunto de razones excluyentes para la acción (al menos, del modo en que Raz las entiende)<sup>73</sup>.

##### 5. *¿Qué ha dejado el debate entre el positivismo incluyente y excluyente?*

Como se ha visto, si bien tanto autores positivistas incluyentes como los excluyentes están de acuerdo en que un tribunal debe decidir discrecionalmente ante la ausencia de una única y clara respuesta jurídica correcta<sup>74</sup>, persiste la disputa acerca de si toda referencia jurídica a la moral puede ser considerada o no una delegación de poder para que los jueces creen nuevo Derecho de forma discrecional. Esto depende de si se admite o no que el Derecho puede incorporar criterios morales en su interior o, si se prefiere, si dichos criterios pueden formar parte del Derecho.

Ello implica que una de las cuestiones más importantes que diferencian a estas posiciones es el debate sobre el estatus de los estándares morales a los que de hecho hacen referencia las normas jurídicas; es decir, si dichos estándares (principios) que sirven para resolver los casos son o no parte del Derecho que los aplica. En definitiva, si las referencias jurídicas a la moral ayudan a la determinación del Derecho existente o si, por el contrario, dicha referencia implica la aplicación de criterios obligatorios extra-jurídicos por parte de los jueces.

Sobre esta cuestión, ambas posiciones tienen diferentes puntos de partida. Para la versión excluyente, la tesis de las fuentes sociales excluye todo tipo de consideración que no sea fáctica como criterio para determinar lo que forma parte del Derecho; mientras que para la incluyente la moral puede (aunque no necesariamente debe) ser incorporada al Derecho siempre y cuando exista una regla social (regla de reconocimiento) que establezca esto. Estas

<sup>73</sup> Cfr. BAYÓN, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, cit., pp. 66 ss; y RÓDENAS, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, cit., 427.

<sup>74</sup> Cfr. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., p. 59.

posiciones parecen llegar a conclusiones diferentes, ya que para unos la moral no forma parte del Derecho, mientras que para los otros sí puede formar parte del Derecho. Sin embargo, tales divergencias no parecen producir ningún tipo de consecuencias en la práctica, ya que ambas admiten que los estándares morales pueden ser obligatorios para los jueces. Si bien para unos (incluyentes) en estos casos no necesariamente hay discrecionalidad judicial, mientras que para los otros (excluyentes) sí la hay, estos últimos matizan su postura sugiriendo que ello no implica que haya necesariamente discrecionalidad moral (al menos esto es lo que sostiene Raz, principal exponente de la versión excluyente). Dicho de otra manera, para ambas posiciones, una vez consideradas todas las cosas, dichos estándares deben ser aplicados y son aplicados<sup>75</sup>.

En definitiva, la distinción sólo parece referirse a un debate terminológico sobre lo que ambas concepciones entienden por “Derecho”, más que una distinción real capaz de producir consecuencias prácticas concretas<sup>76</sup>.

## 6. *El positivismo incluyente como tema “aparte”*

### a) El interés de la mera descripción de un fenómeno normativo

La falta de consecuencias prácticas del principal debate entre las versiones incluyentes y excluyentes del positivismo jurídico actual pone nuevamente en tela de juicio el interés de continuar con el modo “meramente descriptivo” con el que los autores positivistas se aproximan a estudiar un fenómeno eminentemente normativo como el Derecho<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Cfr. ORREGO, C., “De la ontología del Derecho al Derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del Derecho”, *Revista Chilena de Derecho* 30 (2003), 310, nota 16. De hecho esta última afirmación lleva a que algunos autores consideren meramente verbal la disputa entre el actual positivismo jurídico analítico anglosajón y Dworkin sobre el papel de los principios en la judicación. Cfr. *ibid.*, 310-311 y SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, cit., 222 ss.

<sup>76</sup> Cfr. FINNIS, J., “Natural Law: The Classical Tradition”, en COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. J. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 11-12; BIX, B., “Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudence Debate”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12 (1999), 31-32; y ETCHEVERRY, J. B., “What has been the Outcome of the ILP/ELP Debate?”, en J. J. MORESO (ed.), *Legal Theory. Proceedings of the XXII IVR World Congress Granada 2005*, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2007, 53-65.

<sup>77</sup> Esto lleva a Dworkin a afirmar que a nadie le interesa defender como una cuestión conceptual, como hizo Hart, que la validez del Derecho depende sólo de hechos sociales, y no morales. De hecho, considera que esta es la razón por la que últimamente lo que prospera es el positivismo político y no el analítico. Cfr. DWORKIN, R., “The Concepts of Law”, cit., p. 240.



Años atrás, el propio Hart buscó superar las deficiencias del positivismo jurídico tradicional con respecto a la explicación de la normatividad del Derecho, al proponer estudiar el Derecho desde el punto de vista interno<sup>78</sup>. Es decir, aproximarse a él adoptando la perspectiva del participante que acepta el Derecho como guía del comportamiento propio y como pauta de crítica al comportamiento ajeno<sup>79</sup>. Aunque aclara que la adopción del punto de vista interno no implica la aceptación del Derecho como si obligase moralmente<sup>80</sup>. Se trata más bien de observar la realidad jurídica desde su interior, como un conjunto de reglas capaces de orientar la conducta humana<sup>81</sup>. Por ello, este movimiento que propone es considerado por algunos como una clase de giro hermenéutico<sup>82</sup>.

Este giro de atención hacia el punto de vista interno se da con la convicción de que ello no implica abandonar una visión descriptiva (es decir, moralmente neutral y no justificativa) del Derecho. En concreto, se cree que una teoría jurídica descriptiva puede comprender y describir la perspectiva interna de las personas que se encuentran sometidas al Derecho sin adoptarla o compartirla<sup>83</sup>. De hecho, sostiene que incluso si el fenómeno que se tiene que describir está formado por valoraciones, las “descripciones seguirán siendo descripciones, incluso cuando lo que es descrito es una valoración”<sup>84</sup>.

Pareciera que se busca una posición intermedia entre una postura moralmente comprometida y aquella que intenta reducir todo el fenómeno jurídico

<sup>78</sup> Cfr. HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., 111.

<sup>79</sup> Cfr. *ibid.*, 110-113.

<sup>80</sup> Cfr. *ibid.*, 250-251.

<sup>81</sup> Cfr. *ibid.*, 117.

<sup>82</sup> Cfr. BIX, B., “H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory”, *Southern Methodist University Law Review* 52 (1999). Traducción de P. E. Navarro y H. Seleme, “H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho”, en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, cit., p. 127. De hecho, el propio Hart llega a catalogar así a su teoría. Cfr. HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 14; y ORREGO, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, cit., 308-343.

<sup>83</sup> Cfr. HART, H. L. A., “Postscript”, cit., 243.

<sup>84</sup> *Ibid.*, 244. Estas ideas son defendidas por Waluchow al afirmar que se puede y debe distinguir entre (a) observar valores –morales– relevantes y ofrecer una justificación moral; (b) intentar hacer una teoría lo mejor posible y hacer del objeto de la teoría lo mejor posible; y (c) querer evitar que parezca estúpido lo que hacen quienes se encuentran comprometidos en una práctica que es objeto de estudio y querer justificar moralmente lo que uno observa. Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 30.

a datos empíricos<sup>85</sup>. En palabras de algunos de sus defensores, una teoría descriptiva, aunque “impura”<sup>86</sup> y sin aspiraciones “científicas”<sup>87</sup>. En esta oportunidad, no pondremos el énfasis en mostrar la viabilidad o inviabilidad de dicha posición intermedia<sup>88</sup>, sino en dejar en evidencia la dificultad a la que debe enfrentarse el intento de explicar de forma moralmente neutral y completa la normatividad del Derecho.

Esta dificultad está relacionada con el hecho de que en realidad existen muchos puntos de vista internos<sup>89</sup>, es decir, que existen diferentes razones (en realidad, motivos) por las que alguien acepta el Derecho como si éste aportase razones para la acción. De hecho, esto es admitido por los defensores de la propuesta teórica aquí estudiada, al punto que algunos de ellos llegan a sugerir algunas de estas posibles razones (mejor dicho, motivos): cálculo de intereses, interés desinteresado en los demás, una actitud irreflexiva heredada o deseo de comportarse como lo hacen los demás<sup>90</sup>. La dificultad surge cuando se toma consciencia de que para poder explicar algunos aspectos relevantes de la normatividad del Derecho resulta necesario elegir o valorar en cuál de todos los puntos de vista internos posibles basarse y, para ello, se hace preciso acudir a argumentos o razones morales<sup>91</sup>. En concreto, esta valoración es necesaria para poder explicar cuándo y por qué, una vez consideradas todas las cosas, el Derecho obliga o, dicho de otra manera, cuándo y por qué el Derecho constituye una verdadera *razón* (no un mero motivo) para la acción.

<sup>85</sup> Cfr. HART, H. L. A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, cit., 31-35.

<sup>86</sup> Waluchow considera que la teoría debe ser “impura” si el fenómeno que estudia también es impuro. Esto se relaciona con su propuesta incluyente que admite que los valores morales pueden ser incorporados al Derecho. Cfr. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 30.

<sup>87</sup> Cfr. MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 154.

<sup>88</sup> Sobre esta cuestión puede resultar interesante tener en cuenta que, incluso dentro de la *analytical jurisprudence* actual, hay quienes advierten la incapacidad de los argumentos de Hart para explicar la diferencia entre el Derecho y una banda de ladrones. Cfr. HIMMA, K. E., “Law’s Claim of Legitimate Authority”, en J. COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 307-309.

<sup>89</sup> Sobre lo confusa que puede resultar la división de Hart entre punto de vista interno y externo véase POSTEMA, G., “Jurisprudence as Practical Philosophy”, cit., 336 ss.

<sup>90</sup> Cfr. HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., 251.

<sup>91</sup> Cfr. FINNIS, J., *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., 45-51; y S. PERRY, “Interpretation and Methodology in Law”, en MARMOR, A. (ed.), *Law and Interpretation*, cit., 107-135.

En definitiva, todo esto parece dejar en evidencia que si se pretende explicar de forma completa la normatividad del Derecho es necesario acudir a argumentos o razones morales. De hecho, el no haber dado este último paso es lo que al final termina imposibilitando al positivismo jurídico actual cumplir con la finalidad con la que introdujo la noción de punto de vista interno: explicar adecuadamente (esto implica de forma completa) la normatividad del Derecho.

La incapacidad de esta teoría “descriptiva” del Derecho para explicar de forma completa el aspecto normativo del Derecho también pone, de algún modo, en tela de juicio el sentido que puede llegar a tener el esfuerzo teórico que supone.

En relación con esta cuestión, algunos defensores del ILP han sostenido la importancia de la descripción del Derecho como un significativo primer paso para cualquier crítica moral útil del mismo. Otros, en cambio, si bien admiten que una visión “general” y “descriptiva” puede parecer una cuestión puramente teórica que no tiene ninguna trascendencia práctica<sup>92</sup>, sostienen simultáneamente que este tipo de teoría no requiere más justificación que cualquier otro tipo de teoría que busca describir un fenómeno<sup>93</sup>. En este sentido, se afirma que el conocimiento no necesita de una justificación instrumental, porque el conocimiento es algo intrínsecamente valioso<sup>94</sup>.

Si bien, de algún modo puede aceptarse la idea de que el análisis fáctico de un sistema jurídico en particular puede llegar a tener algún pequeño tipo de utilidad para entender el Derecho y su normatividad, este tipo de análisis parece ser meramente una pequeña parte de la reflexión general (que es la realmente interesante) sobre cuáles son las *razones* (no meramente los motivos) por las que, una vez consideradas todas las cosas, el Derecho obliga o debe ser obedecido. Y, si uno se remonta un poco más, por qué se forma una

<sup>92</sup> Este tipo de afirmaciones de algún modo suponen la tesis –esgrimida por Hart– de que no tiene por qué haber conflicto entre una visión normativa –y particular, como la de Dworkin– y una descriptiva –y general, como la suya–. Sin embargo, Dworkin ha aclarado que su teoría es más general de lo que Hart cree y ha sostenido que en realidad la teoría de Hart también lleva consigo consecuencias prácticas. Cfr. DWORKIN, R., “Hart’s Postscript and Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004), pp. 2-5 y “Hart and the Concepts of Law”, *Harvard Law Review*, 119 (2006), 95-104.

<sup>93</sup> Cfr. MOORE, M., “Hart’s Concluding Scientific Postscript”, cit., 326.

<sup>94</sup> Cfr. HIMMA, K. E., “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory”, *Virginia Law Review* 88 (2002), 1224 ss.

práctica como la jurídica, o cuáles son las razones para tenerla, aceptarla y mantenerla<sup>95</sup>.

En definitiva, una teoría puramente descriptiva de lo que los jueces, funcionarios y personas obligadas por el Derecho hacen puede parecer superflua<sup>96</sup> y, como mínimo, incompleta porque deja sin responder las preguntas nucleares (antes mencionadas) sobre la normatividad del Derecho<sup>97</sup>.

De hecho, este desinterés por las *razones* por las que el Derecho es una práctica obligatoria y por el modo en que el Derecho ha de ser aplicado en los casos prácticos puede ser la razón por la que en los últimos años “ha ido aumentando el sentimiento de descontento con el modo dominante de la Filosofía analítica del Derecho, dentro y fuera de su círculo restringido”<sup>98</sup>. En concreto, esto es lo que parece justificar que haya quienes consideran que esta teoría del Derecho es estrecha de miras, ascética, tolemaica y parecida a la Filosofía escolástica<sup>99</sup>, es decir, una actividad estéril e ingenua, ilustradora del empobrecimiento de la tradicional teoría del Derecho<sup>100</sup>. En este sentido, hay quienes llegan a afirmar que “la filosofía del Derecho analítica se ha convertido en un tema aparte”<sup>101</sup>.

#### b) El rasgo eminentemente defensivo del ILP

Por otra parte, de un estudio pormenorizado sobre el positivismo incluyente cabe inferir un rasgo de esta teoría: *el ILP es una teoría de carácter primordialmente defensivo*<sup>102</sup>. Esta característica se capta con claridad en la nota-

<sup>95</sup> Algunos autores creen que estas preguntas se pueden remontar hasta el interrogante “qué debo hacer”. Cfr. J. FINNIS, “Law and What I Truly Should Decide”, cit., 107-108 y 115-116.

<sup>96</sup> Un claro ejemplo de cómo un extenso debate entre dos posiciones dentro de la *Analytical Jurisprudence* actual termina sin generar ningún tipo de diferencia práctica puede verse en ETCHEVERRY, J. B., “What has been the Outcome of the ILP/ELP Debate?”, en J. J. MORESO (ed.), *Legal Theory. Proceedings of the XXII IVR World Congress Granada 2005*, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2007, 53-65.

<sup>97</sup> Cfr. PRIEL, D., “Forty Years on: (Review of Ronald Dworkin, Justice in Robes)”, *pro manuscripto*, 2007, 11.

<sup>98</sup> TWINING, W., “Teoría General del Derecho”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Granada, IVR, 2005, 577.

<sup>99</sup> Cfr. DWORKIN, R., “Thirty Years On”, *Harvard Law Review* 115 (2002), pp. 1678-1679; y SERNA, P., *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, Porrúa, México, 2006, pp. 70.

<sup>100</sup> POSNER, R., *Law and Legal Theory in the UK and the US*, Oxford, Clarendon Press, 1996, vii.

<sup>101</sup> TWINING, W., “Teoría General del Derecho”, cit., 577.

<sup>102</sup> Cfr. ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, cit., 305-396.

ble desproporción que parece existir entre la cantidad de literatura académica que ha surgido en torno al debate sobre el ILP y las escasas tesis positivas que parecen desprenderse de esta discusión.

Si bien todas las teorías surgen en un contexto y con el objetivo de responder a algunas cuestiones concretas, el ILP se caracteriza por haber surgido sólo como una adaptación o defensa de una versión concreta del positivismo jurídico a unas críticas concretas presentadas por Dworkin y, más en general, por el neconsitucionalismo. Es cierto que su propuesta ha sido desarrollada posteriormente; sin embargo, tal desarrollo también parece estar directamente relacionado con el intento de defender la viabilidad de la propia teoría frente a las réplicas dworkinianas y las críticas del ELP.

Así, puede concluirse que el ILP es una teoría que en primer lugar busca defender el positivismo jurídico (hartiano) de los desafíos que se le plantearon, para luego esforzarse por proteger esta propuesta de las objeciones presentadas por el ELP. En palabras de Waluchow, lo que busca el ILP es “demostrar que existe una teoría positivista que puede ser encontrada en alguna parte entre el positivismo excluyente de Raz y la teoría del Derecho (natural) como integridad de Dworkin”<sup>103</sup>.

En definitiva, el hecho que el ILP sea el resultado de un esfuerzo por demostrar que es posible imaginar un positivismo jurídico entre la teoría del Derecho dworkiniana y un positivismo excluyente marca la estrategia que esta teoría adoptará desde sus orígenes hasta su situación actual. Dicha estrategia hace que en algunos momentos el observador externo tenga la sensación, y aun la certeza, de que el debate en torno al ILP está más cerca de ser un debate sobre la viabilidad de una teoría del Derecho, que un debate sobre la realidad del Derecho<sup>104</sup>. De hecho, la estrategia defensiva o negativa propia del ILP ha llevado a algunos autores a temer que se pueda confirmar la intuición de muchos profesores de Derecho que sugiere que “la teoría analítica en general, y los debates sobre el positivismo en particular, son grandes preocupaciones irrelevantes de un pequeño grupo de pedantes obsesionados por las cuestiones filosóficas pero despreocupados por las cuestiones sociales ...”<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 3.

<sup>104</sup> Cfr. RIVAS, P., “El sentido de la Teoría Jurídica del Inclusive Legal Positivism”, Comunicación al XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Granada, 2005.

<sup>105</sup> SCHAUER, F., “Positivism Trough Thick and Thin”, en B. BIX (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 69.

Por todo esto, parece lógico seguir la recomendación de otros autores que consideran necesario vigilar constantemente las disputas en la teoría analítica para asegurarse que estas no sean sólo aparentes, y que en realidad lo único que se hace es hablar unos de los otros<sup>106</sup>.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El comienzo de la segunda década del siglo XXI ha ido marcando claramente un abandono de la temática o del debate en torno al positivismo jurídico incluyente. El auge y euforia inicial que dicho debate tuvo a mediados de los años 90 del siglo pasado, principalmente vinculado a las publicaciones de la 2° edición de *The Concept of Law* (en el que Hart se confiesa un positivista *soft*) y al libro *Inclusive Legal Positivism* (de Waluchow), parece haber desaparecido casi por completo. Cada vez son más escasas las publicaciones que desarrollan o defienden al ILP<sup>107</sup>.

Recapitulando algunos de los desafíos y limitaciones de esta versión del positivismo jurídico (que han sido abordados a lo largo de este trabajo) buscaremos, a modo de conclusión, explicar el *ocaso del positivismo jurídico incluyente*. En este sentido, puede advertirse que el ILP:

- a) tiene dificultades para mantener coherentemente sus objetivos y las tesis centrales de la tradición positivista;
- b) no logra explicar ni fundamentar por qué nunca son justificables determinados resultados absurdos, injustos y arbitrarios en la identificación, interpretación y aplicación del Derecho;
- c) tiene especiales problemas para explicar y defender el tipo de objetividad que le reconoce a los criterios morales a los que refieren las normas jurídicas;
- d) no logra explicar y acotar adecuadamente la discrecionalidad judicial, debido a las dificultades que tiene para defender la objetividad de los principios morales incorporados al Derecho;

<sup>106</sup> Cfr. BIX, B., "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudence Debate", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12 (1999), 33.

<sup>107</sup> En 2009 se ha publicado el volumen 22 de la Revista *Ratio Juris* dedicado al tema del Positivismo Incluyente. Esta ha sido una de las últimas publicaciones voluminosas que defienden o desarrollan al ILP.

- e) utiliza un tipo de *approach* avalorativo para el estudio del Derecho (originariamente vinculado a la idea de que las valoraciones no son susceptibles de un conocimiento seguro o verdadero) que no le permite abordar acabadamente las razones por las que el Derecho es una práctica obligatoria o el modo en que el Derecho ha de ser aplicado;
- f) realiza un gran esfuerzo teórico que ha devenido en unas pocas tesis propositivas y en distinciones que en algunos casos parecen referirse a meros debates terminológicos incapaces de producir consecuencias prácticas concretas.

En definitiva, las causas del ocaso del ILP invitan a repensar la necesidad de abandonar el marco teórico que ofrece el positivismo jurídico para explicar de modo completo el fenómeno jurídico actual.